DIRITTO GIURISPRUDENZIALE, PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI: OSSIMORO O BINOMIO ?

Contributo del gruppo dell'Osservatorio di Roma

SOMMARIO: § 1.- Le proposte di modifica dell'art. 185 *bis* c.p.c.. § 2.- Il punto di vista dell'Avvocato e del Giudice. § 3.- Gli strumenti di conoscenza. § 4.- Gli effetti sul carico giudiziario.

§ 1.- Le proposte di modifica dell'art. 185 *bis* c.p.c..

L'art. 185 *bis* c.p.c., introdotto dal dl. 69/2013, attribuisce al giudice della causa la facoltà di sottoporre alle parti una proposta transattiva o conciliativa.

L'istituto rappresenta uno strumento di deflazione del contenzioso e quindi utile a ridurre i "costi" che una causa impone sia alle parti, che alla collettività sulla quale grava l'onere del funzionamento della struttura giudiziaria.

Il legislatore si è posto il problema se la formulazione della proposta possa sollevare perplessità sulla imparzialità e terzietà del giudicante, che, in tale modo, viene in pratica a manifestare alle parti quale sia il proprio convincimento allo stato degli atti e quindi si è preoccupato di specificare nella norma che l'iniziativa del giudice non deve costituire motivo di ricusazione o astensione.

Il progetto di legge delega per la riforma del processo civile, predisposto dalla Commissione Berruti, manifesta l'intendimento di incentivare l'istituto.

In una prima stesura della legge delega composta di un unico articolo, con gli obiettivi di "*semplificazione speditezza e razionalizzazione*", si era delineata "*la valorizzazione dell'istituto della proposta di conciliazione del giudice di cui all'art. 185 bis del codice di procedura civile, anche in forma di valutazione prognostica sull'esito della lite, da compiere alla stato degli atti prima della valutazione di ammissibilità e rilevanza delle prove…*"

In questa prospettiva, la proposta conciliativa del giudice stimola le parti ad approfondire, con l'ausilio dei rispettivi difensori, gli aspetti giuridico-tecnici della soluzione conciliativa-transattiva e incentiva un rapporto collaborativo fra il giudice e i difensori, utile anche a una eventuale trasformazione dell'iniziale progetto transattivo per arrivare alla conciliazione risolutiva e al duplice obiettivo di contenere i tempi di definizione della lite e di eliminare la causa dal carico contenzioso dell'Ufficio giudiziario.

Si deve supporre che un apprezzamento probabilistico, ancor più se offerto prima dell'esame sulla ammissibilità e rilevanza delle richieste probatorie, si basi principalmente

sulla considerazione dei precedenti e dell'indirizzo giurisprudenziale riguardo all'oggetto della controversia: in altre parole, sulla "*prevedibilità*" della decisione. Assume quindi rilievo il precedente giurisprudenziale, anche di merito e circoscritto all'Ufficio giudiziario e sezione alla quale appartiene il giudice, quantunque non vincolante e fatta comunque salva la specificità del caso, ovvero la possibilità delle parti di prospettare aspetti giuridici e valutazioni in diritto che inducano il giudicante ad assumere una decisione difforme dall'indirizzo costante o prevalente.

Insomma il "diritto giurisprudenziale", inteso come certezza e sicurezza della medesima decisione per casi uguali, risulta condizionante e può facilitare e guidare una valutazione prognostica sull'esito della lite.

La proposta - che la norma attuale consente "*sino a quando non è esaurita l'istruzione*" - formulata durante o alla conclusione della fase istruttoria, nel tenere conto degli esiti delle prove assunte, che circoscrivono e definiscono gli elementi del giudizio, valorizzerà l'aspetto probabilistico sull'esito della lite. A riguardo appare decisiva la sensibilità del giudice nel cogliere il momento più opportuno per formulare utilmente la proposta, intuendo una disponibilità delle parti alla conciliazione.

Tuttavia la comprensibile diffidenza verso un giudizio prognostico che possa minare la fiducia sulla terzietà e indipendenza del giudice in caso di prosecuzione della lite, ha portato nel testo licenziato dalla Camera dei deputati il 10 marzo scorso, ad eliminare il riferimento alla "*valutazione prognostica*" e introdurre un concetto diverso legato alla (mancata) comparizione personale delle parti o al rifiuto ingiustificato alla proposta transattiva o conciliativa del giudice, che costituirà comportamento valutabile ai fini del giudizio. Prevale la responsabilizzazione delle parti a non escludere immotivatamente, "*tout court*", la proposta del giudice.

L'art. 185 bis, se non strumento propriamente alternativo al giudizio in quanto presuppone la pendenza della lite, rientra comunque in quelle iniziative volte appunto a snellire e contenere il carico giudiziario e a ridurre il contenzioso, privilegiando una maggiore speditezza nella risoluzione della controversia, nella quale la valutazione

probabilistica del precedente appare se non inevitabile, sicuramente rilevante, valorizzando la certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni.

Sotto quest'ultimo profilo, gli attuali dibattiti dottrinari sulla evoluzione del diritto sostanziale influiscono sull'analisi dell'istituto, quale appunto strumento utile alla tutela e realizzazione degli interessi prospettati dalle parti.

Per rendere effettiva la tutela (giurisdizionale) degli interessi, la evoluzione interpretativa del diritto, degli strumenti necessari e/o utili e la esegesi del "caso" mediata dalla conoscenza e coerenza ai precedenti giurisprudenziali su questioni simili, in un certo modo condizionano l'utilizzo dell'istituto e quindi la sua reale incidenza ed efficacia al raggiungimento degli obiettivi ipotizzati dal legislatore.

Un corretto ricorso all'art. 185 bis c.p.c. impone al giudice e ai difensori un impegno interpretativo e di ricerca antecedente alla decisione e ulteriore rispetto alle valutazioni connesse all'attività istruttoria.

§ 2.- Il punto di vista dell'Avvocato e del Giudice.

Il difensore è il primo soggetto che si pone il problema del probabile esito del giudizio. Più tempo dedicherà alla studio della fattispecie e più si avvicinerà a quella che potrà essere la soluzione che verrà adottata dal Giudice. Peraltro la pretesa del legislatore del d.d.l. n. 3953 che le parti sappiano sia pure con una sensata prognosi chi vincerà e chi perderà appare utopistica. Nella maggior parte dei casi infatti giocano troppe componenti dai caratteri incerti (normativa da poco emanata, contrasto di precedenti, esito incerto delle prove, ecc.). Ricordo una colorita espressione del Presidente Vigorito, pronunciata proprio in una riunione dell'Osservatorio, in cui paragonava la sentenza ad un fulmine che arriva dal cielo e a volte incenerisce il povero avvocato.

Avviene spesso che il difensore, anche quando la causa è stata ormai trattenuta in decisione, non abbia ancora una idea chiara di quello che potrebbe succedere.

Se ora consideriamo il problema nell'ottica del Giudice (sia pure vista da un avvocato), possiamo anzitutto osservare che il Giudice tende a non far trasparire quella che potrebbe essere la sua opinione sulla controversia. A volte tale atteggiamento dipende dal semplice

fatto che il Giudice non si è ancora posto il problema della possibile soluzione da adottare, rinviando lo studio della causa al momento della spedizione a sentenza. Peraltro, il più delle volte, questo atteggiamento impenetrabile del Giudice, che poi genera la *decisione–fulmine* di cui al paragone che abbiamo sopra citato, trova la sua motivazione nel timore di ricusazione per aver "anticipato l'esito della decisione". La giurisprudenza (almeno di merito per quanto ci consta) aveva già escluso che rientrasse nelle ipotesi di cui all'art. 51 n.4 c.p.c., il caso del magistrato che svolge attività nel contraddittorio delle parti ai fini del componimento dei loro contrapposti interessi.

Il legislatore del d.d.l. n. 2953 prende nettamente posizione a favore della tesi della possibilità che il Giudice anticipi probabilisticamente la decisione senza incorrere in ipotesi si ricusazione e a sostegno di tale tesi richiama i casi in cui il Giudice emettendo provvedimenti cautelari o inibitori anticipa quello che potrebbe essere l'esito della controversia sia pure in quella fase del processo.

Tentiamo ora di trarre alcune conclusioni dalle considerazioni sopra svolte. Sia dal punto di vista del Difensore sia dal punto di vista del Giudice l'imprevedibilità o scarsa prevedibilità della decisione a nostro avviso è il frutto di quella che potremmo definire la *cultura del monologo.*

Oggi i difensori stendono le loro memorie difensive che si articolano spesso in una infinita serie di argomentazioni perché, come dicevano i vecchi avvocati " il Giudice non si sa mai che erba mangia". Il Giudice da parte sua, quando, trattenuta la causa a sentenza, dovrà studiarsi la lite e leggersi le centinaia di pagine dell'incarto processuale, emetterà alla fine il suo monologo vale a dire la sentenza.

Questo modo di procedere comporta un enorme dispendio di energie , di tempo e di risorse.

Si dovrebbe a nostro avviso tentare di superare questa cultura del monologo instaurando fin dalle prime fasi del processo un dialogo costruttivo tra Giudice e Difensori. Il dibattito, diretto dal Giudice, ma dotato della immediatezza dello scambio di opinioni, dovrebbe portare a sfrondare la causa di inutili orpelli, di eccezioni infondate ma sollevate ". . . *perché non si sa mai*", di richieste istruttorie solamente dilatorie, riducendola al vero *thema*

decidendum.

Tale modo di procedere richiede però un mutamento radicale di mentalità sia da parte del Giudice sia da parte del Difensore. Il Giudice dovrebbe studiarsi fin dall'inizio la causa, il Difensore dovrebbe rinunciare alle strategie dilatorie. Il Giudice potrebbe già disporre degli strumenti processuali per spingere in questa direzione. La maggiore prevedibilità della decisione quale dovrebbe delinearsi man mano che il dibattito procede potrebbe anche aprire la strada a soluzioni conciliative.

* * *

La certezza del diritto è un'aspirazione cui tutti gli operatori giuridici tendono, ben consapevoli però della sua irraggiungibilità. Premessa l'inevitabile prevalenza della specificità fattuale del caso concreto, tra le varie accezioni possibili di "certezza del diritto" sembra preferibile quella che privilegia l'uniformità delle decisioni, senza tuttavia escludere mutamenti di indirizzo interpretativo giustificati da sopravvenienze di rilievo, che siano in grado di modificare gli arresti raggiunti. In questa ottica la certezza del diritto non può non provocare la prevedibilità della decisione, perché dall'applicazione costante della norma trae origine la più che fondata aspettativa di un'ulteriore decisione conforme, a meno che le parti non abbiano fatto emergere nel caso di specie aspetti giuridici nuovi o proposto motivatamente un apprezzamento della *quaestio iuris* diverso dai precedenti. Così definita, anche per il giudice la certezza del diritto, che dà luogo a decisioni ragionevolmente pronosticabili, rappresenta un dato positivo. Essa infatti integra un'opportunità di agevolazione del suo lavoro, poiché da un lato snellisce lo svolgimento del processo e l'*iter* motivazionale della decisione e, dall'altro, tende a favorire un deflazionamento del contenzioso.

In particolare, orientamenti giurisprudenziali costanti consentono di concentrare l'attività istruttoria sulle questioni di fatto rilevanti alla stregua dell'interpretazione consolidata delle norme applicabili nella regiudicanda, evitando inutili – e perciò dannose – acquisizioni probatorie. Ma anche la motivazione del provvedimento può essere al tempo stesso consolidata e resa meno onerosa dal richiamo dei precedenti conformi, fermo restando che ciò non comporta acritica acquiescenza agli stessi. Con specifica ed

approfondita indicazione delle ragioni di dissenso, infatti, il giudice che non li condivida è tenuto a discostarsene poiché per dettato costituzionale egli è soggetto soltanto alla legge e l'interpretazione della legge costituisce il tratto caratterizzante della funzione che svolge.

Per le stesse ragioni appena indicate la certezza del diritto, inoltre, ha positive ricadute in termini di ragionevole durata del processo, che potrà svolgersi con cadenze serrate, conoscere soluzioni conciliative proposte dal giudice ed avere il provvedimento terminativo in tempi contenuti. La prevedibilità della decisione, in quanto derivante dalla ragionevole conformità al precedente, comporterà necessariamente una rigorosa regolamentazione delle spese processuali ad opera del giudice, con ulteriore stimolo per le parti nella scelta di introdurre il giudizio o di tentarne la definizione in sede extra-giudiziaria.

§ 3.- Gli strumenti di conoscenza.

Le fonti. Il primo dato per assicurare l'uniformità delle decisioni, e quindi portare alla prevedibilità del nuovo caso di specie, è costituito dalla circolazione dei precedenti internamente all'ufficio giudiziario e dalla ricerca di soluzioni condivise delle nuove problematiche interpretative. A questo scopo lo strumento fondamentale va individuato nelle riunioni di sezione *ex* art. 47 *quater* O.G.. Gli esiti di tali riunioni vanno compendiati in appositi resoconti, il più possibile chiari, concisi e contenenti indicazioni conclusive sulle tematiche affrontate. Sarebbe auspicabile che le soluzioni raggiunte siano trasformate in *vademecum* operativi. Non minore importanza, poi, va riconosciuta all'opera di coordinamento – svolta dai Presidenti di sezione – riguardo le stesse materie o materie affini che nei grandi uffici giudiziari sono trattate da sezioni diverse: periodici incontri e relativi resoconti andrebbero perciò svolti ed effettuati anche in tali ambiti.

Ad un livello di "esternalizzazione" appena superiore si collocano ulteriori fonti produttive dell'uniformità giurisprudenziale dell'ufficio, quali sono i massimari di sezione o di area, i protocolli e le tabelle. Si tratta, infatti, di strumenti che indicano, sotto diversi profili, l'orientamento interpretativo.

I massimari dei provvedimenti della sezione e, per le materie comuni a più sezioni, di un'area dell'ufficio – che potrebbero essere redatti con la collaborazione dei tirocinanti, inseriti o meno nell'ufficio del processo e sotto la guida di un magistrato referente per ogni sezione o area – offrono il vantaggio di consolidare i precedenti e di far emergere possibili contrasti interpretativi, da affrontare e risolvere nelle riunioni di sezione o di area.

Con i protocolli, redatti anche con la collaborazione del Foro ove le tematiche trattate abbiano incidenza esterna all'ufficio (si pensi, ad es. alle qualificazioni delle spese come ordinarie o straordinarie ai fini del rimborso fra locatore e conduttore o fra coniugi separati o divorziati), si mira a prevenire una serie di contrasti apparentemente minori, ma che possono essere forieri di ulteriore contenzioso.

Le tabelle, infine, come insegna l'esperienza di quelle per il risarcimento del danno biologico, da morte del congiunto *et similia*, sono utili strumenti per favorire la prevedibilità della decisione e, quindi, la sua definizione in sede stragiudiziale: a condizione, però, che siano sufficientemente dettagliate e abbiano sempre un intervallo di quantificazione ben definito (in modo che si conoscano anticipatamente i limiti minimi e massimi della decisione). Il problema più serio che le tabelle pongono, come è noto, è quello della loro efficacia a livello nazionale (questione che esula dalle presenti riflessioni).

<u>I mezzi</u>. L'efficacia dell'uniformità interpretativa sarebbe meno che dimidiata se non fosse resa nota ai fruitori finali delle decisioni. Ecco dunque che un ruolo incisivo svolgono tutti quei mezzi attraverso i quali gli orientamenti interpretativi, i precedenti e le fonti di liquidazione del danno sono conoscibili dal Foro e dai privati che si rivolgono o intendono rivolgersi alla giustizia.

Un primo strumento conoscitivo è costituito dal sito *web* del Tribunale, nel quale sono presenti sezioni accessibili dall'esterno contenenti i precedenti giurisprudenziali (massimario), i protocolli, le tabelle. Si potrebbe incrementare questa fonte di cognizione con l'inserimento dei resoconti delle riunioni di sezioni o di area, limitatamente a quei contenuti che abbiano effettiva rilevanza esterna per la conoscibilità degli orientamenti interpretativi dell'ufficio.

Altro strumento conoscitivo di grande utilità è il sistema Sirfind, che contiene i provvedimenti pubblicati dell'ufficio e – fino a qualche tempo fa, ma sono in corso intese per riprendere il lavoro interrotto – le decisioni prese dal giudice di appello e dalla Cassazione su quelli impugnati. In tal modo, oltre a conoscere lo sviluppo e l'esito del procedimento anche nei gradi successivi, si ha la possibilità di valutare il grado di resistenza dell'orientamento dell'ufficio presso i giudici delle impugnazioni e considerare se sia opportuno o meno rivederlo.

L'uso. Conoscere il precedente consolidato permette di raggiungere diversi obiettivi. Innanzi tutto, la motivazione del provvedimento può essere più aderente al dettato normativo dell'art. 118 disp. att. c.p.c. (succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi), sempre che il precedente conforme – si parla delle decisioni di merito – sia conoscibile.

In secondo luogo, specialmente per le controversie aventi ad oggetto questioni di diritto plurime e ripetitive (es. legittimazione ad agire e/o a resistere; prescrizione; interpretazione della norma applicabile nel merito e via dicendo) è possibile elaborare provvedimenti-manifesto, contenenti la specifica indicazione delle questioni sulle quali si sono formati precedenti consolidati, dai quali attingere quello pertinente alla motivazione del caso concreto.

Inoltre, i Difensori delle parti possono valutare se sia più vantaggioso per il proprio assistito intraprendere (ed eventualmente in quali termini) la controversia, oppure percorrere una via di risoluzione della stessa alternativa al giudizio. In questa ottica, anche la proposta conciliativa del Giudice può rivelarsi più autorevole e più facilmente accettabile dalle parti.

§ 4.- Gli effetti sul carico giudiziario.

Il tema in oggetto è stato imposto all'attenzione degli addetti ai lavori allorché il progetto di legge delega per la riforma del processo civile è stato presentato alla Camera dei deputati.

La previsione di una nuova formulazione dell'art. 185 *bis* c.p.c. con l'esplicita indicazione di assecondare – tra le proprie finalità – anche l'esigenza di consentire nell'ambito del giudizio (alle parti ancor prima che al Giudice) una prognosi precoce sull'esito del giudizio, ha destato infatti attenzione (e qualche preoccupazione).

La circostanza che la previsione sia stata poi espunta dal testo che infine è stato approvato dal primo ramo del parlamento, non autorizza puramente e semplicemente ad accantonare il tema.

Ciò perché il carico arretrato e l'esigenza di contenere i tempi di definizione dei giudizi restano questione centrale sia per gli operatori che per l'esecutivo.

Il tema, pertanto, ritorna allo stato – salvo nuove evoluzioni nell'*iter* parlamentare delle norma – nell'alveo del diritto vigente.

Sotto questo profilo, occorre domandarsi quali strumenti siano attualmente in grado di operare – sia direttamente che indirettamente – sui temi in esame.

La risposta deve essere necessariamente articolata, in relazione ai punti di vista dei soggetti coinvolti e non dovrebbe prescindere da una dialettica costruttiva fra gli operatori del processo, finalizzata alla emersione del punto focale della lite, sul quale concentrare le rispettive attenzioni.

In ogni caso, per puntare al decongestionamento del contenzioso, occorre prima di tutto favorire una più ampia informazione degli operatori sulle prassi interpretative e la giurisprudenza che si sono affermate nel territorio di riferimento.

La giurisprudenza di merito rappresenta infatti elaborazione tanto fondamentale quanto limitatamente rappresentata nei repertori e nelle riviste (presentandosi anzi il rischio che siano le pronunce atipiche o che si pongono quale eccezione ad essere maggiormente segnalate e commentate), finendo per non essere mai tenuta in sufficiente considerazione dagli stessi difensori.

E' invece fondamentale che i singoli tribunali rendano il più possibile accessibili e trasparenti gli orientamenti che si vanno formando, sia per quanto riguarda le pronunce, che per quanto attiene alle attività di confronto e coordinamento interno alle singole sezioni, per le questioni di rispettiva competenza.

La prevedibilità della decisione, derivante dalla conoscibilità dell'orientamento assunto dall'ufficio giudiziario, significa possibilità per il difensore – ancor prima che la causa sia introdotta – di valutare compiutamente le prospettive di successo della lite e, in relazione a ciò, consigliare opportunamente la parte in ordine alle iniziative da intraprendere.

Il coordinamento – oggi necessario – tra consulenza legale preventiva e svolgimento delle attività previste quali condizioni di procedibilità della domanda giudiziale (negoziazione assistita e/o mediazione, nelle rispettive sfere di applicazione c.d. obbligatoria) rappresenta un nuovo spazio di riflessione e confronto tra le parti con l'ausilio dei rispettivi consulenti, momento nel quale può assumere un ruolo determinante la corretta percezione degli orientamenti giurisprudenziali (unitamente magari alla necessaria chiarificazione di quali siano gli obiettivi realisticamente perseguibili dalle parti).

Questo nuovo spazio di "approfondimento", ancor più del timore di successive (quanto, allo stato, meramente eventuali) sanzioni legate all'andamento del giudizio e tendenzialmente confinate al momento della decisione della lite, appare volano significativo di una nuova stagione, nella quale la conoscenza e la trasparenza degli orientamenti operino fisiologicamente e preventivamente, riducendo in radice non tanto l'insorgere della controversia, quanto evitando che la stessa giunga sempre e comunque sul tavolo del Giudice, senza che sia stata mai tentata prima una seria composizione.

A questi profili, legati alle prassi territoriali, si può senz'altro aggiungere – *de jure condendo* – una riflessione sulla necessità che il Giudice debba motivare la propria pronuncia ove intenda disattendere un orientamento consolidato di legittimità che sia applicabile alla fattispecie in esame.